

VU Research Portal

Mediation online: over de kracht van de techniek en haar beperkingen

Bol, S.H.; Lodder, A.R.

published in

Tijdschrift voor mediation (TMD)
2003

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bol, S. H., & Lodder, A. R. (2003). Mediation online: over de kracht van de techniek en haar beperkingen. *Tijdschrift voor mediation (TMD)*, (4), 94-100.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Mediation in de praktijk Mediation on line: over de kracht van de techniek en haar beperkingen

Stephanie Bol en Arno Lodder

Inleiding

Op het internet zijn tientallen aanbieders van on line mediation of e-mediation te vinden, waaronder sinds eind vorig jaar ook een Nederlandse.¹ Ondanks dit aantoonbare praktische aanbod lijkt e-mediation vanwege het belang van face-to-face communicatie eigenlijk niet mogelijk. Zeker gezien het feit dat uit onderzoek blijkt dat 65 tot 93% van onze communicatie niet-verbaal is² en vrijwel alle mediation via internet uit het louter uitwisselen van geschreven woorden bestaat. Net als echter de manier waarop iets gezegd wordt (toon, mimiek) betekenis heeft, kan de wijze waarop communicatie op het scherm verschijnt in een on line omgeving, een vergelijkbare rol vervullen.³

Met de huidige stand der techniek is het niet mogelijk een off line mediationssessie integraal naar de on line omgeving te kopiëren, maar bovendien is dit ook niet de meest geëigende weg om te gaan.⁴ Vergelijk het met een verslag van een voetbalwedstrijd op tv. Een zelfde overzicht als wanneer men in het stadion zit, kan – ongeacht het aantal gebruikte cameraposities en de grootte van het scherm – nooit worden verkregen. Wel kan de kracht van de techniek worden aangewend door bijvoorbeeld in te zoomen, fragmenten te herhalen, enzovoort. Daarmee wordt het kijken naar de wedstrijd op tv niet hetzelfde als in het stadion, maar voor velen zeker de moeite waard. De techniek kan ook bij on line mediation het proces uitstekend ondersteunen. E-mediation is dus niet een on line imitatie van mediation, maar kan, net als ‘klassieke’ mediation, partijen helpen hun geschil op te lossen. Niet alles wat off line kan, is mogelijk on line, maar ook het omgekeerde is het geval.

De kern van deze bijdrage bestaat uit een analyse aan de hand van voor (e-)mediation centrale concepten: vrijwilligheid en vrijblijvendheid; communicatie; archivering; geheimhouding; onpartijdigheid; en de vaststellingsovereenkomst.⁵ Aangegeven zal worden welke mogelijkheden het internet biedt en met welke beperkingen rekening moet worden gehouden. Daaraan voorafgaand zullen eerst enkele initiatieven en twee experimenten inzake e-mediation (eBay en emediation.nl) worden besproken.

E-mediation: initiatieven en experimenten

In de Nederlandse literatuur is over e-mediation nog niet veel

gepubliceerd.⁶ Over ADR via internet, on line geschillenbeslechting (ODR), is meer verschenen.⁷ Met name in internationale literatuur echter wordt ruime aandacht besteed aan zowel ODR als e-mediation.⁸

Binnen de Europese Unie wordt het belang van alternatieve geschillenoplossing ingezien,⁹ maar de aandacht beperkt zich voornamelijk tot off line-vormen. In het Groenboek ADR wordt slechts zijdelings op on line geschillenoplossing ingegaan¹⁰ en iets

1. De website www.emediation.nl, niet te verwarren met de informatie-site www.e-mediation.nl.
2. B.G. Madonik, *I Hear What You Say, But What Are You Telling Me? The Strategic Use of Nonverbal Communication in Mediation*, San Francisco Ca.: Jossey-Bass 2001, p. 1.
3. E. Katsh & J. Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco Ca.: Jossey-Bass 2001, p. 137.
4. In die zin ook C. Rule, *Online Dispute Resolution for Businesses*, San Francisco Ca.: Jossey-Bass 2002, p. 253: ‘When designing or choosing an Online dispute resolution platform, it is important to think outside the box so that the tools selected are not merely copying off line practices.’
5. Vgl. in algemene zin H.J. Brown & A.L. Marriott, *ADR principles and practice*, London: Sweet & Maxwell 1999, p. 128-131.
6. A.J. de Roo, *Mediation via het internet*, TMD 2000, p. 59-60 en A.R. Lodder, S.H. Bol, G. Brunt & M. Weij, *E-mediation*, in: P.C. van Schelven, L. van der Wees & G. Brunt (red.), *ICT & Geschillenbeslechting*, NvvlIR, Den Haag: Elsevier juridisch 2003.
7. O.a. E.W. van den Heuvel, *Online dispute resolution als oplossing voor e-disputes: een verkenning*, *Computerrecht* 2001, p. 66-73, *Dossier Online geschillenoplossing Computerrecht* 2001, p. 231-260 (<http://cli.vu.nl/~lodder/crodr>), A.J. de Roo, *ADR on-line: ODR*, AA 2002, p. 587-591, H. Franken & J.J. Borking, *De oplossing van geschillen*, in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 411-430.
8. Naast een hele reeks artikelen zijn bijvoorbeeld het boek van E. Katsh & J. Rifkin, a.w. en Rule 2002 grotendeels en O. Märker & M. Trénel (red.), *Online-Mediation. Neue Medien in Der Konfliktvermittlung – Mit Beispielen Aus Politik Und Wirtschaft*, Berlin: Edition Sigma 2003 in het geheel aan online mediation gewijd.
9. In deze context wordt vrijwel altijd gewezen op art. 17 van Richtlijn nr. 2000/31/EG inzake de elektronische handel, waarin de lidstaten wordt opgedragen het gebruik van ADR, inclusief ODR, te stimuleren.
10. Vraag 3 luidt: ‘Zou in het kader van de te nemen initiatieven moeten worden gedifferentieerd tussen online-methoden van geschillenbeslechting (ODR) ... en traditionele methoden?’ Voor een ontkennend antwoord, zie J. Hörnle, ‘Alternative Dispute Resolution in the European Union’, in: A.R. Lodder e.a. (eds.), *Proceedings of the ODR workshop.org*, Edinburgh, June 28 2003, p. 1-5.

uitgebreider in de 'Mediation'-aanbeveling.¹¹ Ook het Europees buitengerechtelijk netwerk voor grensoverschrijdende geschillenbeslechting (EEJ-NET of EB-NET)¹² verwijst nochtans enkel naar off line geschillenbeslechte. Opmerkelijk hierbij is dat nota bene op deze site alleen vermeld wordt hoe deze geschillenbeslechte off line te bereiken zijn. Zo wordt wel naar de Stichting Geschillencommissies verwezen, maar niet hun website genoemd.¹³

Wat de on line aanbieders van mediation betreft,¹⁴ deze zijn vooral in de Verenigde Staten te vinden,¹⁵ maar ook steeds meer in Europese landen, zoals Duitsland, Engeland, Frankrijk en Italië.¹⁶

Voor de communicatie wordt voornamelijk gebruikgemaakt van e-mail en chat, maar er zijn ook aanbieders die on line discussiefora, vergelijkbaar met nieuwsgroepen, gebruiken.¹⁷ Ter illustratie van twee van de meest gebruikte communicatiemethoden wordt hierna het bekende eBay e-mediation-experiment besproken (e-mail) en de site emediation.nl (chat).

Het eBay e-mediation experiment

Dit onderzoek uit 1999 bij de veilingsite eBay had onder meer als doel na te gaan hoe succesvol een on line mediator kan zijn wanneer de interactie tussen de partijen en de mediator plaatsvindt zonder face-to-face bijeenkomsten.¹⁸ Gedurende de twee weken van het onderzoek werd 225 keer een beroep gedaan op de on line mediation-service. Naast 80 niet relevante of reeds opgeloste klachten weigerde de 'weder'-partij 37 keer om deel te nemen aan de mediation. In iets minder dan de helft (50) van de 108 gevallen waarin daadwerkelijk mediation plaatsvond, werd het geschil opgelost.

De communicatie tussen partijen vond plaats via e-mail. Beide partijen stuurden hun berichten naar de e-mediator, die in voorkomende gevallen de tekst herformuleerde of vragen invoegde alvorens het bericht door te sturen. De beperkingen van de schriftelijke communicatie deden zich voelen: het bleek voor de mediator moeilijk de scherpe kantjes van een bericht te halen zonder belerend of veroordelend te klinken. Een complicatie was het ontbreken van een anders dan incidentele (voortdurende) relatie tussen de verkoper en koper,¹⁹ iets wat in het algemeen voor conflicten die voortkomen uit elektronische handel geldt,²⁰ waardoor de e-mediator geen gebruik kon maken van vragen waarmee normaliter het vertrouwen tussen partijen wordt opgebouwd.

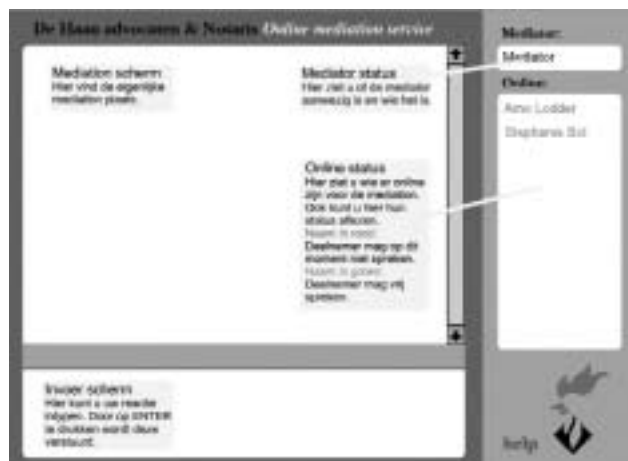
Een spin-off van dit experiment is het in 2000 opgerichte SquareTrade,²¹ een van de weinige succesvolle ODR-sites, waar duizenden geschillen per maand worden opgelost. Belangrijke redenen voor het succes zijn onder andere het grote aantal transacties op eBay, het gemak waarmee de provider gevonden wordt (link op eBay-site) en de lage kosten. De methode van geschillenbeslechting is overigens enigszins veranderd: e-negotiation²² dient hier als voorportaal voor e-mediation. Komen partijen er met e-negotiation niet uit (in 80% van de gevallen slaagt e-negotiation), dan pas wordt er overgegaan tot e-mediation.

Emediation.nl

In het najaar van 2002 is op initiatief van de Groningse advocaat en gecertificeerd mediator Erik Roelvink de eerste Nederlandse

e-mediationservice www.emediation.nl operationeel geworden. Elk soort geschil, on line of off line ontstaan, wordt in beginsel beslecht.

Deze e-mediation kan, uiteraard, on line worden aangevraagd.²³ De omschrijving van het conflict is in tegenstelling tot de daaropvolgende in te vullen velden (o.a. NAW-gegevens) niet verplicht. Door op het met de mediator afgesproken tijdstip in te loggen op de emediation-website komen partijen in het chatprogramma van emediation.nl terecht.



De berichten worden in een onderwaterscherm – dat alleen zichtbaar is voor degene die het desbetreffende bericht typt – opgesteld en via de 'enter'-toets naar het (grote) scherm gestuurd, dat voor alle aanwezigen bij de chatsessie zichtbaar is. Het chatprogramma is te

11. Onder andere de overwegingen 2, 6, 12 en de bepaling C2 over de toegang en beschikbaarheid van de procedure, bijvoorbeeld via elektronische middelen, Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, PbEG L 109/56-61, 19.4.2001.
12. Zie www.eejnet.org.
13. Zie www.sgc.nl.
14. Voor een overzicht M. Conley Tyler & D. Bretherton, Seventy-Six and counting: an analysis of ODR sites, in: A.R. Lodder e.a. (eds.), a.w., p. 13-28, voor het uitgebreide Exploration Report van dezelfde auteurs zie <http://odrworkshop.org/odr2003.pdf>.
15. O.a. www.internetneutral.com en www.resolveyourdispute.com.
16. Respectievelijk www.mediationonline.de, www.theclaimroom.com, www.iris.sgdg.org/mediation en www.camera-arbitrale.com/risolvi.html.
17. Zoals Zeno, bedoeld om burgers te laten discussiëren over bestemmingsplannen (A. Voss, Zeno – Software für Online-Diskurse in der Mediation, in: Märker & Trénel 2003, p. 121-133) en onlineresolution.com.
18. E. Katsh, J. Rifkin & A. Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of 'eBay Law', Ohio State Journal on Dispute Resolution 2000, p. 705-734, www.umass.edu/cyber/katsh/pdf.
19. Door een op de site gehanteerd rating-systeem hebben verkopers belang bij positieve feed-back. Hierdoor zijn ze eerder dan normaliter ook in geval van incidentele relaties tot compromissen bereid.
20. R. Birke & L.E. Teitz, Mediation in 2001: The Path that Brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspace, American Journal of Comparative Law 2002, p. 181-213.
21. Zie www.squaretrade.com. Zie over het ontstaan van Squaretrade, E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 66-67 en Rule 2002, p. 102-105.
22. Hierbij is geen derde betrokken. SquareTrade helpt de partijen hun probleem in kaart te brengen en suggereert enkele mogelijke oplossingen.
23. Het aanvraagformulier is te vinden op www.emediation.nl/formaanvraag.htm.

vergelijken met MSN (Microsoft Network) Messenger,²⁴ behalve dat niet wordt aangegeven dat iemand bezig is met het typen van een bericht. Hierdoor kan de discussie soms wat chaotisch verlopen.

Het programma kent geen caucus, maar de mediator kan wel, wanneer een van de partijen zich ongepast gedraagt, de invoer (tijdelijk) stoppen.

Bij een geslaagde mediation stuurt de e-mediator de partijen een e-mail, waarin staat wat partijen overeengekomen zijn.

Afgezien van geschillen waarbij de bij het geschil betrokken partijen op 'grote' afstand van elkaar wonen, ziet Roelvink vooral een markt voor arbeidsgeschillen, met name wanneer de werknemer ziek thuis zit en deze een face-to-face met de werkgever op kantoor niet aankan.²⁵

Of emediation.nl succesvol zal worden in het bemiddelen van deze of andere geschillen, zal afhangen van de bekendheid van on line mediation in het algemeen en deze site in het bijzonder. Daarnaast zullen de kosten een rol spelen, vooral bij (on line) consumentengeschillen, waarvan de inzet vaak een klein bedrag is.

Mediation: centrale concepten on line beschouwd

Aan de hand van voor (e-)mediation kenmerkende concepten wordt nader ingegaan op on line mediation. Wij beperken ons hierbij tot de in onze ogen belangrijkste onderwerpen. Niet aan de orde komen de weliswaar belangrijke, maar algemene internet-onderwerpen als de veiligheid van de internetverbinding, de informatieplichten van providers van internetdiensten, de waarborgen voor privacy en identificatie van de (internet)gebruikers.

Tenzij anders aangegeven zullen de opmerkingen steeds betrekking hebben op alle hierna te noemen vormen van communicatie, te weten e-mail, chat en discussiefora. Ter illustratie zal worden geput uit een chat-mediation over een gefingeerd probleem bij emediation.nl. De partijen zijn AL en SB, de mediator wordt aangeduid met M. Het volledige script is te raadplegen via <http://odrworkshop.org/emediation-nl>. De casus handelt in het kort over het volgende. AL heeft het boek 'Beyond Winning' van Mnookin e.a. via internet besteld bij SB en heeft na zes weken het boek nog steeds niet in zijn bezit. De betaling is vier weken voor aanvang van de mediationssessie gedaan. SB geeft aan de betaling te hebben ontvangen en het boek te hebben verstuurd. Het boek

had al in het bezit van AL moeten zijn. Onduidelijk is derhalve waar het boek (gebleven) is.

Vrijwilligheid en vrijblijvendheid

Het consensuele karakter van mediation komt onder meer tot uiting in het niet gedwongen kunnen worden aan mediation mee te doen (vrijwilligheid), het elk moment kunnen weglopen²⁶ en, behoudens wat in een vaststellingsovereenkomst is neergelegd, niet gehouden zijn aan tijdens de mediation ingenomen standpunten, gedane voorstellen of mededelingen (vrijblijvendheid).²⁷ De vrijwillige deelname is in een on line omgeving niet wezenlijk anders dan off line, de andere punten wel.

AL: Volgens mij wil ze er onderuit komen, laat maar, ik bestel het boek ergens anders en zal haar zwart maken

AL: Dit wilde ik nog achter de hand houden (skip vorige opmerking)

(Mediationscript, nr. 79-80)

Hoewel bovenstaande opmerking klaarblijkelijk abusievelijk was ingetypt, stond niettemin een van de deelnemers op het punt de procedure te verlaten. In een on line omgeving zullen partijen gemakkelijker de mediation afbreken. Het daadwerkelijk opstapen in een off line context zal psychologisch een grotere stap zijn dan het virtueel weglopen.²⁸ Een bijkomend probleem is dat niet altijd duidelijk is of een partij is weggelopen.

M: Stephanie?

M: Stephanie??

(Mediationscript, nr. 66-67)

In de chatsessie bleek de betreffende partij nog aanwezig. Een in dit opzicht handige functionaliteit is de registratie van de typactiviteit, waardoor, zoals in casu het geval was, duidelijk wordt dat een partij bezig is om een (lang) antwoord te typen.

Is bij chat vrij snel duidelijk dat iemand gestopt is, bij e-mail of een discussieforum is het lastiger vast te stellen of iemand tijdelijk niet reageert of uit de e-mediation gestapt is. Het is daarom van groot belang afspraken hierover te maken.²⁹ Het beste is om bij e-mail en discussiefora een maximale responstijd af te spreken, omdat men dan niet afhankelijk is van de medewerking van degene die wegloopt. Bij chat is gegeven de aard van het communicatiemiddel



24. Microsoft is in oktober 2003 met deze dienst in onder andere Europa wegens misbruik gestopt. Pedofielen maakten gebruik van de chatrooms om kinderen te benaderen en er werd veel porno spam verspreid.

25. In vergelijkbare zin A.J. de Roo, a.w. (2000) en a.w. (2002) en Rule 2002, p. 157-172.

26. In art. 4 NMI Mediation Reglement 2001 wordt dit vrijwilligheid genoemd, maar vrijblijvendheid lijkt een nauwkeuriger aanduiding. Vrijwillig deelnemen hoeft immers niet per se te betekenen dat er in het geheel geen commitment is, zoals in geval van vrijblijvendheid.

27. Zie art. 5 NMI Mediation Reglement 2001.

28. In die zin ook Rule 2002, p. 82.

29. Zie ook M. Trénel & A.-M.G. Hammond 2003, Prozedurale Steuerung in der Online-Mediation, in: Märker & Trénel 2003, p. 115 en D.W. Luer & A. Splittergerber, Cybercourt – Erfahrungsbericht aus einem Pilotprojekt, in: Märker & Trénel 2003, p. 235.

(snelle interactie) een maximale responstijd onnodig, zeker wanneer de typactiviteit-functie aanwezig is.

Bij chat moet overigens wel worden bedacht dat als de internetverbinding wegvalt, de bijeenkomst automatisch wordt afgebroken. Het is daarom van belang dat de deelnemers bijvoorbeeld ook telefonisch benaderd kunnen worden, zodat – als dit uit het verloop van de discussie niet op te maken is – nagegaan kan worden of iemand daadwerkelijk met de e-mediationssessie is gestopt.

De communicatie

Veel van de andere kenmerkende concepten (emoties, geheimhouding, enz.) hebben direct of indirect met communicatie te maken. In deze paragraaf worden een aantal ‘zuivere’ communicatie-onderwerpen besproken.

• *Synchroon en asynchroon*³⁰

Wanneer partijen gelijktijdig aan dezelfde discussie deelnemen, is sprake van synchrone communicatie. Off line is dit het geval bij een fysieke bijeenkomst of een telefonische mediation. Chat is altijd synchroon, discussiefora kunnen op deze manier worden gebruikt.

Wanneer er geen directe interactie tussen de deelnemers is, er derhalve indirect (in de tijd) gecommuniceerd wordt, is er sprake van asynchrone communicatie. Hiervan is sprake bij briefwisselingen, e-mail en ook bij discussiefora is dit mogelijk.

Een voordeel van asynchrone communicatie is dat deelnemers kunnen reageren op het moment (dag en tijdstip) dat het hen het beste uitkomt. Hierdoor kunnen partijen en de mediator ook de tijd nemen om na te denken over een ontvangen bericht en de hierop te geven reactie. Dit kan ten goede komen aan het beslechtsingsproces.

Een voordeel voor alle on line communicatie is dat de fysieke verwijdering van partijen niet relevant is. Asynchrone communicatie heeft daarbij het voordeel dat met tijdzones geen rekening hoeft te worden gehouden.

• *Gestructureerd*

De programma's achter e-mail, chat of fora zorgen er ieder op hun eigen wijze voor dat de e-mediation gestructureerd wordt, door middel van de automatische toevoeging van een datum (e-mail), onderwerp (e-mail, fora) of door het weergeven van de ingevoerde tekst op volgorde van binnenkomst (chat, fora).

Een prettige bijkomstigheid is dat zo kan worden voorkomen dat partijen door elkaar heen ‘praten’. Chat vormt hier een uitzondering op. Chat is namelijk het medium waarmee razendsnel reactie op reactie gegeven kan worden met als resultaat dat de communicatie (reacties/zinnen) van partijen gemakkelijk door elkaar heen kan gaan lopen. In de chatsessie kwam het verschillende keren voor dat een deelnemer een reactie invoerde en er inmiddels al een andere discussie liep:

M: Stephanie, wanneer heb je het boek opgestuurd?

AL: Een sympathiek gebaar, ik trek al mijn verdachtmakingen in.

SB: Boek is vorige week opgestuurd.

(Mediationscript, nr. 40-42)

Onderwerp van onderzoek is hoe de uit te wisselen informatie op een heldere, inzichtelijke wijze op het scherm te tonen.³¹

• *Directheid*

Om partijen in de juiste gemoedstoestand te brengen voor het oplossen van het geschil is het van belang dat een mediator een aangename sfeer schept. Een voordeel bij e-mediation is dat partijen vanuit een huiselijke omgeving kunnen en veelal zullen opereren, en om die reden meer op hun gemak zullen zijn dan bij een mediation op locatie.³² Keerzijde is wel dat partijen meer ‘durven’. Er wordt on line bijvoorbeeld gemakkelijker gelogen.³³ Ook dreigementen worden on line eerder geuit.³⁴ In het algemeen dient de e-mediator zich te realiseren dat de discussie harder en scherper zal zijn en, vaak onbedoeld, uit de hand kan lopen.

AL: Geen idee, ik vertrouw Stephanie niet echt

SB: Nou zeg, alsof ik een leugenaar ben!!!

AL: Je hebt het nadeel van de twijfel

M: Arno, leg eens uit, hoezo vertrouw je haar niet

(Mediationscript, nr. 21-24)

Hier wordt tijd door de mediator ingesprongen en ontaardt de discussie niet. Er is wat voor te zeggen de communicatie bij chat en discussiefora eerst via een mediator te laten lopen, zodat deze onnodig botte of grievende uitingen kan polijsten. Bovendien kan dan worden voorkomen dat abusievelijk verzonden berichten bij de andere deelnemer terechtkomen.

Wat betreft de discussiefora kan een parallel met moderated nieuwsgroepen worden getrokken, behalve dat de ‘mediation’ er dan enkel uit bestaat of een bericht in het forum geplaatst wordt en niet *hoe* (bewerkt). In geval van e-mail zal de communicatie per definitie via de mediator lopen, omdat er anders geen sprake van mediation is (er is immers geen betrokkenheid van een derde).

Bij de snelle interactie van een chatsessie zou het voorafgaand bekijken te veel van een mediator kunnen vergen. Dit hangt met name af van de frequentie waarmee herformuleren noodzakelijk is. Een alternatief zou zijn de communicatie pas via de mediator te laten lopen als de discussie verhit raakt.

• *Teruggrijpen*

AL: Je had de betaling drie weken terug ontvangen en het boek gelijk opgestuurd, zei je aan het begin van deze sessie dus je spreekt jezelf tegen

SB: Ik heb gezegd dat ik drie weken na de bestelling het geld binnen had en toen het boek op de post heb gedaan. nu dus een week geleden

...

30. Zie hierover ook E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 42 en Rule 2002, p. 47.

31. A.R. Lodder & E.M. Thiessen, The role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution, in: D. Choi & E. Katsh (eds.), Proceedings UN forum 2003 on ODR, in druk en G.A.W. Vreeswijk, A simple scheme to structure and process the information of parties in online forms of alternative dispute resolution, ADR Online Monthly, October 2003.

32. Zie ook A.J. de Roo, a.w. (2002) en M.C. Brinkmann, Integrationsmöglichkeiten für Computerunterstützung im Mediationsverfahren, in: Märker & Trénel 2003, p. 56.

33. Rule 2002, p. 83.

34. Aldus Thompson (zie E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 151).

AL: Ik heb net even teruggescrold en ze zit gewoon keihard te liegen

(Mediationscript, nr. 46-47 en 53)

Zowel partijen alsook de mediator kunnen eenvoudig terugkijken in de discussie. In een elektronische omgeving is informatie in beginsel eenvoudig terug te halen. E-mailberichten worden in de inbox opgeslagen, een discussieforum toont (gestructureerd) het verloop van de discussie en ook in chat kan worden teruggegrepen op eerdere uitingen. Het is de vraag hoe een e-mediator hiermee om moet gaan. In casu probeerde de mediator de discussie op een ander spoor te brengen.

M: Waarom hadden jullie ook al weer gekozen voor e-mediation?

(Mediationscript, nr. 55)

Dit is een verdedigbare interventie van de mediator, die met deze opmerking partijen laat beseffen dat mediation gericht is op er samen uitkomen en dat dergelijke beschuldigingen hier niet aan bijdragen. Het kan echter tot onvrede leiden, zeker bij partijen die te veel vanuit de denkbeelden van een op tegenspraak geënte procedure opereren.

AL: Ik citeer bijvoorbeeld: 'Stephanie Bol: de betaling is drie weken geleden bijgeschreven op onze rekening en het boek is vervolgens per post verzonden'

(Mediationscript, nr. 98)

Op dit moment waren de eindafspraken net gemaakt. Duidelijk is dat een discussie over dit twistpunt zeker niet zou hebben bijgedragen aan een oplossing van het geschil, maar in voorkomende gevallen zou een korte uitleg over het doel van mediation kunnen helpen de partijen de zinloosheid van hun acties te doen inzien. Het is overigens niet ondenkbaar dat het confronteren van partijen met eerdere uitingen bijdraagt aan de oplossing van het geschil.

In elk geval moet een e-mediator bedacht zijn op deze van de off line omgeving afwijkende discussiemogelijkheden.

Emoties

Het herkennen en erkennen van emoties is een onderdeel van mediation dat on line minder goed uit de verf komt. Om die reden zijn er enerzijds geschillen die niet on line kunnen worden opgelost, maar anderzijds zijn er ook geschillen waarin het conflict dermate emotioneel geladen is, dat het niet lijfelijk in dezelfde ruimte aanwezig zijn bijdraagt aan de oplossing van het geschil.

Vaak wordt gezegd dat eerst met videoconferencing *echte* mediation mogelijk wordt. Momenteel laat de kwaliteit van dergelijke toepassingen het nog niet toe de off line face-to-face situatie op dusdanige wijze na te bootsen dat partijen daarbij ook daadwerkelijk het idee hebben dat de wederpartij en de mediator tegenover hem/haar zitten aan 'de virtuele tafel'. Het probleem is onder andere de beeldkwaliteit en het niet synchroon lopen van het beeld (de vertraging, ook bekend van interviews via satelliet-telefoon). Het on line beeld is vaak diffuus en onscherp, waar-

door details (bijvoorbeeld een glimlach, een frons) niet of slecht te zien zijn. Deze problemen zijn niet slechts aan de techniek gerelateerde problemen, maar hebben ook te maken met de bandbreedte van het internet waarvan de partijen en de mediator gebruik kunnen maken, alsook de door genoemde personen gebruikte randapparatuur. Op termijn zullen genoemde tekortkomingen naar verwachting verdwijnen.

Archivering

Hiervoor is het 'teruggrijpen' tijdens de mediation aan de orde geweest. Indien de opslag van de informatie niet automatisch plaatsheeft (e-mail, discussiefora), kan het voorkomen dat deze mogelijkheid alleen aan de mediator toegestaan wordt.

M: (...) Jullie kunnen het niet uitprinten

...

AL: Oh, heb zojuist select all gedaan en zo de gehele sessie lokaal gezet

(Mediationscript, nr. 93, 96)

De hiervoor aangegeven cut-and-paste actie is inmiddels niet meer mogelijk bij emediation.nl. Bedacht moet wel worden dat elke computer de mogelijkheid van PrintScreen heeft, waarmee een afbeelding van het scherm kan worden opgeslagen. Deze functie kan niet worden uitgezet, dus het blijft hiermee altijd mogelijk de chat-discussie, per scherm, op te slaan.

Archivering van de e-mediation biedt onder andere de e-mediator mogelijkheden die de mediator off line niet heeft. Ten eerste kan de mediation opnieuw worden bekeken, op elk gewenst tijdstip. Ten tweede maakt opslag het mogelijk om de mediation na afloop te evalueren. Hiermee is het onder andere mogelijk om precies na te gaan op welk moment en waarom de desbetreffende mediation stukgelopen is. Voorts kan opslag van e-mediations bijdragen aan de documentatie ervan in het algemeen, zodat de diverse mediations met elkaar kunnen worden vergeleken. Dit maakt het mogelijk om bijvoorbeeld bepaalde patronen in de e-mediations op de lange termijn te ontdekken. Met dergelijke gegevens zou de e-mediator onder andere zijn praktijk(voering) kunnen optimaliseren.

Geheimhouding

Vanwege de uitgebreide mogelijkheden tot archivering kan men snel en eenvoudig beschikken over de inhoud van een '(e-)mediationssessie'. Het elektronische karakter maakt dat verspreiding van deze informatie ook eenvoudig en snel gaat. Het internet heeft massacommunicatie, traditioneel in handen van een enkeling (kranten, tv), binnen het bereik van een ieder gebracht. Met behulp van e-mail of door het plaatsen van de informatie op een site kan de e-mediation eenvoudig openbaar gemaakt worden.

Daarnaast zou in een eventuele gerechtelijke procedure deze informatie, bestaande uit een letterlijke weergave van de e-mediation, kunnen worden ingebracht.

Meer nog dan in de off line omgeving is het van belang dat een geheimhoudingsbeding schriftelijk is vastgelegd.³⁵ Wij menen dat

35. A.F.M. Brenninkmeijer, Juridische aspecten van mediation, in: Handboek Mediation, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003 (zie www.handboek-mediation.nl).

daarnaast de e-mediation provider, indien dat technisch mogelijk is, maatregelen moet treffen die óf elektronische opslag onmogelijk maken óf in elk geval dit zo moeilijk mogelijk maken.

De onpartijdigheid

De on line omgeving heeft een aantal specifieke eigenschappen waardoor bij partijen het beeld kan ontstaan dat de e-mediator niet (meer) onpartijdig is.

On line zal het bijvoorbeeld voor de mediator moeilijker zijn duidelijkheid te krijgen over de manier waarop partijen elkaars uitingen en die van de mediator interpreteren.³⁶ De mediator moet vooral alert zijn op eventuele miscommunicatie, omdat, wanneer deze te laat wordt geconstateerd, het gevolg kan zijn dat partijen zijn (of elkaars) integriteit in twijfel trekken.

On line vindt elke handeling in beginsel snel plaats. Waar partijen bij gewone post een week wachten normaal zullen vinden, worden ze bij e-mail al ongeduldig als een antwoord meer dan 24 uur uitblijft. Indien er niet of niet snel genoeg gereageerd wordt op een e-mail of bericht in een discussieforum, is men geïrriteerd³⁷ en/of denkt men dat de mediator partijdig is (want in discussie met de andere partij). Dit zal met name voorkomen op de momenten dat de e-mediator zit te wachten op een reactie van een partij (op de door hem verstuurde communicatie van de andere, inmiddels wachtende partij). Als de andere (wachtende) partij niet op de hoogte gesteld wordt van het feit dat de mediator ook aan het wachten is op een reactie, zal bij deze partij spoedig het beeld worden opgeroepen dat de mediator met de andere partij onder één hoedje speelt.

Ook het gebruik van de caucus in een on line omgeving kan tot dergelijke aannames leiden:³⁸ on line 'op de gang moeten wachten' blijkt een totaal andere beleving te zijn dan off line.³⁹

Een andere factor waar bij e-mediation rekening mee gehouden moet worden, is de eventuele ongelijkheid van partijen met betrekking tot het gebruik van de computer. Zo was het de e-mediator opgevallen door de manier van tekstinvoer/typen dat SB meer ervaren was met het gebruik van chat (weinig fouten) dan AL (veel typo's). Iemand die bijvoorbeeld snel typt of zich kort en krachtig uitdrukt, kan in het voordeel zijn. Als de mediator dit gegeven niet meeneemt bij de beoordeling van de input, kan bij de wederpartij de indruk ontstaan dat de mediator partij kiest voor de ander.

Ten slotte kan een link op de site van een e-commerce provider naar een mediator de suggestie van partijdigheid wekken. Om de schijn van partijdigheid tegen te gaan verdient het de voorkeur naar een aantal mediators te verwijzen ofwel naar een algemene informatiesite. Wat betreft mediation-sites en de daarvoor werkende e-mediators is het noodzakelijk dat deze openheid van zaken geven over hun betrokkenheid bij andere organisaties en instellingen.⁴⁰

De vaststellingsovereenkomst

M: Als ik het goed begrijp, wordt er een boek gestuurd op kosten van Arno en levert hij het tweede boek weer in wanneer dat alsnog

wordt bezorgd. Daarnaast hebben jullie duidelijk gemaakt wat er allemaal is gebeurd. Is er nog meer?

Bij een on line vaststellingsovereenkomst zal het terugsturen van de definitieve overeenkomst door partijen aan de mediator in de regel volstaan. De ondertekening bestaat in dit geval uit het retourneren van de genoemde e-mail aan de e-mediator. Daarop krijgen de partijen van de e-mediator de (eventueel aangepaste) definitieve versie van de vaststellingsovereenkomst gemaaild, waarmee de mediation als afgerond beschouwd wordt. De vaststellingsovereenkomst hoeft niet per se schriftelijk te worden opgesteld, maar dit verdient wel de voorkeur.⁴¹ Door dit ontbreken van het schriftelijkheidsvereiste hoeft niet aan het nieuw in te voeren artikel 6:227a BW te worden voldaan, bijvoorbeeld door gebruikmaking van een elektronische handtekening.⁴² Wanneer de e-mediation ook bestaat uit het letterlijk samenwerken aan een overeenkomst waarin de verschillende issues worden beslecht,⁴³ is met het eindigen van de mediation deze overeenkomst direct te gebruiken.

Conclusie

Hoewel verschillende mediators tot op heden uitgingen van de negatieve stelling 'waarom *niet* e-mediation', verwachten wij dat leidend uitgangspunt wordt de positieve vraag 'e-mediation, waarom niet?'. In deze bijdrage is belangrijke informatie te vinden voor eenieder die overweegt e-mediation aan te bieden. Naar onze inschatting zal ook op de sites van de traditionele geschillenoplosser⁴⁴ en het NMI⁴⁵ spoedig meer over e-mediation worden opgenomen.

E-mediation kent een aantal beperkingen, vaak betiteld als nadelen. On line zullen partijen een mediation eerder afbreken (vrijblijvendheid), kan de inhoud van een mediationssessie eenvoudig geopenbaard worden (geheimhouding), is face-to-face communicatie niet of niet op hetzelfde niveau mogelijk als off line (emotie) en wordt er anders gecommuniceerd (onpartijdigheid). Echter, voor elke beperking (b)lijkt een betrekkelijk eenvoudige oplossing te bedenken. Soms vereist dit een specifieke on line toepassing/aanpak, soms bestaat de oplossing enkel in de bewustwording ervan bij de e-mediator. Voorbeelden zijn de door de

36. Zie E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 158.

37. E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 154.

38. Tenzij de e-mediator de e-mediation niet stopt voor de caucus(sen), maar deze houdt tijdens de e-mediation. On line is het namelijk mogelijk om de discussie met alle partijen gaande te houden en tegelijkertijd met een van de partijen te 'caucussen'. Op deze manier hoeven partijen niet te wachten, zie Rule 2002, p. 73.

39. Zie E. Katsh & J. Rifkin, a.w., p. 149.

40. Zie hierover uitgebreid B.G. Davis, Disciplining ODR Prototypes: True Trust through True Independence, in: A.R. Lodder e.a. (eds.), a.w., p. 75-86.

41. A.F.M. Brenninkmeijer, Onderhandelen, in: H.J. Bonenkamp e.a. (red.), Handboek Mediation, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 59.

42. Kritisch over deze wetgeving: M.B. Voulon, Wet elektronische handtekeningen van kracht, Computerrecht 2003, p. 275-277.

43. Bijvoorbeeld www.smartsettle.com.

44. Zie www.rechtspraak.nl/over_rechtspraak/informatie_over_rechtspraak/V1_mediation/main.htm, een boeiende URL, waarbij de achtereenvolgende directory (over rechtspraak) en subdirectory (informatie over rechtspraak) niet direct doen vermoeden dat er informatie over mediation te vinden zal zijn.

45. Zie www.nmi-mediation.nl.

mediationprovider te nemen technische maatregelen ter voorkoming van de opslag van de e-mediation (geheimhouding) respectievelijk de invloed van de caucus op partijen (onpartijdigheid).

In feite is er geen onoverkomelijk nadeel te noemen voor e-mediation, hetgeen de voordelen van e-mediation des te beter doet uitkomen. Deze bestaan voornamelijk uit toepassingen die off line niet realiseerbaar zijn. Genoemd kunnen worden het deelnemen aan e-mediation op elk gewenst moment vanuit de eigen omgeving (asynchrone communicatie, reistijd- en reiskostenbesparing), de elektronische beschikbaarheid van de informatie (archivering, opslag en gestructureerde communicatie) en de mogelijkheid tot teruggrijpen in de communicatie. Dit zijn enkele voorbeelden van de kracht van e-mediation.

Genoemde voordelen en het goed omgaan met de beperkingen zullen succesbepalend voor e-mediation zijn. Daarnaast zal ook de bekendheid met (e-)mediation van invloed zijn. In Nederland probeert men met name via de rechterlijke macht mediation bij een groter publiek bekend te maken. Als de resultaten van het project Mediation naast Rechtspraak bemoedigend zijn, zal een verdere introductie van mediation binnen de rechtspraak niet uitblijven.⁴⁶ Ons inziens zou dit tevens een uitstekend moment zijn om, geheel passend in de huidige tijd, on line mediation te introduceren. In Singapore bijvoorbeeld wordt door de rechtbank al enige tijd aan eenieder waar ook ter wereld gratis on line mediation voor e-commercegeschillen aangeboden.⁴⁷ Dit zijn 'klassieke' e-mediationgeschillen, maar een uitbreiding naar andere domeinen ligt voor de hand. In algemene zin zeer positief over e-mediation is Ganeles: '(...) on line mediation, where it has been implemented, it seems to be very successful and is receiving a welcomed audience.'⁴⁸ De vraag is of deze vaststelling voor dit moment helemaal juist is. Wij hebben er echter het volste vertrouwen in dat het slechts een kwestie van tijd is voordat mediation on line op grote schaal ook binnen Nederland (al dan niet met behulp van de overheid) zal worden gebruikt.

*Stephanie H. Bol en Arno R. Lodder,
onderzoekster respectievelijk sectiehoofd informaticarecht,
Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit
en Centre for Electronic Dispute Resolution (CEDIRE)*

46. Kamerstukken II 2003/04, 29 200, hoofdstuk VI, nr. 2, p. 132-133.

47. www.e-adr.org.sg/eadr.html.

48. C.M. Ganeles, Comment. CyberMediation: a new twist on an old concept, 12 Alb. L.J. Sci. and Tech. 715-745 (2002).